Über den Gesetzeswiderspruch des § 138 BGB. mit § 817 BGB.

Ein Beitrag zu der Lehre von den „guten Sitten".

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der Juristischen Fakultät der Universität zu Breslau

ACAD. LUGD. BAT. RUBL.

vorgelegt von

Johannes Jackisch

Referendar am Königlichen Landgericht zu Beuthen (O.-Schl.).

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1911.

Gedruckt mit Genehmigung der juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Leonhard.
Korreferent: Professor Dr. Schott.

Meinen lieben Eltern

in Dankbarkeit gewidmet.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543115_0139

Inhaltsverzeichnis.

Seite

§ 1. Einleitende Bemerkungen 1

Erster Abschnitt.

§ 2. Der Begriff der „guten Sitten“ als der Grundidee der zu behandelnden Gesetzesbestimmungen.

a) Fehlen einer Definition in den Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch und im Gesetzbuch selbst 3

b) Der Unterschied zwischen „Sitte“ und „Sittlichkeit“ . . 5

c) Identität von „Sitte“ und „guten Sitten“ 6

Zweiter Abschnitt.

Der Widerspruch zwischen den §§ 138 u. 817 BGB.

§ 3. Die rechtliche Natur der abstrakten Rechtsgeschäfte 10

a) Begriff und geschichtliche Entwicklung 11

b) Durchbrechung des Prinzips der ipso iure-Gültigkeit der abstrakten Rechtsgeschäfte im Bürgerlichen Gesetzbuch . 15

§ 4. Die Ansichten der Literatur über das Verhältnis des § 138 zu § 817 BGB. 19

§ 5. Lösung der Frage des Widerspruchs zwischen §§ 138 u. 817 BGB. 24

a) Unanwendbarkeit des § 138 BGB. auf die abstrakten Rechtsgeschäfte 25

b) Zweck und Bedeutung des § 817 BGB. 30

c) Die verschiedenen Tatbestandsmomente der §§ 138 u. 817 BGB. 35

§ 6. Schlußbemerkungen 38

Literaturverzeichnis.

I. Lehr- und Handbücher.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 1. Jena 1898.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 1 u. 2. Tübingen und Leipzig 1900 u. 1902.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preußens. Bd. 1. 3. Aufl. Halle a. S. 1906.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preußens. Bd. 2 1. u. 2. Abt. 1. u. 2. Aufl. Halle a. S. 1899 u. 1901.

Dernburg, Pandekten. Bd. 2. 3. Aufl. Berlin 1892.

Eck, Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. 1. 1. u. 2. Aufl. Berlin 1903.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts: Einführung in das Studium des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 7. Aufl. 1900.

Enneccerus-Lehmann, Das bürgerliche Recht, eine Einführung in das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. 1. Marburg 1900.

Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1. 3. Aufl. Marburg 1908.

Gerber, System des deutschen Privatrechts. 17. Aufl. Jena 1895.

Goldmann-Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch systematisch dargestellt. Bd. 1. 2. Aufl. Berlin 1901.

Hachenburg, Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Vorträge, gehalten in den Jahren 1896/97. 2. Aufl. Mannheim 1900.

Hellmann, Vorträge über das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Allgem. Teil. 1897.

Heusler, Institution des deutschen Privatrechts. Bd. 2. In Bindings systematischem Handbuche der deutschen Rechtswissenschaft Bd. 2 Teil 2 Abt. 2. Leipzig 1886.

Hölder, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Allgem. Teil. München 1900.

v. Jhering, Der Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung. 3. Teil 1. Abt. 4. Aufl. Leipzig 1888.

v. Jhering, Der Zweck im Recht. Bd. 1 u. 2. 4. Aufl. Leipzig 1904 und 1905.

Leonhard, Der Allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs in seinem Einfluß auf die Fortentwicklung der Rechtswissenschaft. Berlin 1900.

Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1. 1. u. 3. Aufl. Berlin 1899 u. 1900.

Regelsberger, Pandekten. In Bindings systematischem Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft Bd. 1 7. Teil 1. Abt. Leipzig 1893.

Scherer, Recht der Schuldverhältnisse des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Erlangen 1899.

Stammler, Die Lehre vom richtigen Rechte. Berlin 1902.

Stobbe, Deutsches Privatrecht. Bd. 3.

Turnau-Förster, Das Liegenschaftsrecht nach den deutschen Reichsgesetzen und den preußischen Ausführungsbestimmungen. Bd. 1. Paderborn 1900.

Weyl, Vorträge über das Bürgerliche Gesetzbuch für Praktiker. Bd. 1. München 1898.

Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. 2. 7. Aufl. Frankfurt a. M. 1891.

Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. 1 u. 2. 9. Aufl. Frankfurt a. M. 1906.

Zitelmann, Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Allgem. Teil. Leipzig 1901.

II. Monographien.

Bähr, Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund. Zivil. Abhandlung. 2. Aufl. Cassel und Göttingen 1867.

Collatz, Ungerechtfertigte Vermögensverschiebung. Ein Beitrag zum Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin 1899.

Eichler, Kann der Wucherer nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch das dem Bewucherten Geleistete kondizieren. Leipziger Diss. Leipzig 1908.

Erlanger, Der Gesetzeswiderspruch der §§ 134, 138 BGB. mit § 817 BGB. Erlanger Diss. Neustadt a. A. 1904.

Gneist, Die formellen Verträge des neueren römischen Obligationenrechts. Berlin 1845.

Gradenwitz, Die Ungültigkeit obligatorischer Rechtsgeschäfte. Berlin 1887.

Heise, Die Anwendung der §§ 134, 138 BGB. auf die abstrakten Rechtsgeschäfte des Sachen- und Obligationenrechts. Rostocker Diss. Berlin 1902.

Herzog, Zum Begriffe der guten Sitten im Bürgerlichen Gesetzbuch. 33. Heft der Studien zur Erläuterung des bürgerlichen Rechts. Breslau (M. & H. Marcus) 1910.

Karsten, Die Bedeutung der Form im Obligationenrecht. 1878.

Kindel, Das Rechtsgeschäft und sein Rechtsgrund. Eine Kritik der im Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich aufgenommenen Lehre vom abstrakten Vertrage. Berlin 1892.

Klingmüller, Der Begriff des Rechtsgrundes. In den Studien zur Erläuterung des bürgerlichen Rechts. Herausgegeben von Leonhard. Heft 6. Breslau 1901.

Klingmüller, Das Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Jena 1903.

Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 1. Teil. Berlin 1898.

Leonhard, Der Verstoß gegen die guten Sitten. In der Festgabe für Bekker. Weimar 1907.

Liebe, Die Stipulation und das einfache Versprechen. Braunschweig 1840.

Lotmar, Der unmoralische Vertrag, insbesondere nach gemeinem Recht. Leipzig 1896.

v. Salpius, Novation und Delegation nach römischem Recht. Berlin 1864.

Schlesinger, Zur Lehre von den Formalkontrakten. 1858.

Stampe, Das Causaproblem des Zivilrechts. Eine rechtspolitische Studie an § 363 BGB. Greifswald 1904.

v. Tuhr, Zur Lehre von den abstrakten Schuldverträgen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Leipzig 1903.

Vogel, Der Begriff des gegen die guten Sitten verstoßenden Rechtsgeschäfts nach § 138 Abs. 1 BGB. Leipziger Diss. Leipzig 1906.

Weyl, System der Verschuldensbegriffe im Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. München 1905.

Wieland, Der Wechsel und seine zivilrechtlichen Grundlagen. Basel 1901.
Witte, Bereicherungsklagen. 1859.

III. Kommentare, Materialien, Entscheidungen, Zeitschriften.

Ackermann in Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts Bd. 44.
Cohn in Gruchots Beiträgen Bd. 41.
Collatz in Jherings Jahrbüchern für Dogmatik Bd. 40.
Das Recht. Jahrg. 1906.
Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin 1896.
Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts. Bd. 5 u. 8.
Eccius in Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts Bd. 42.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. Bd. 8, 36, 57, 63.
Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Ausgearbeitet von der infolge des Beschlusses des Bundesrats vom 22. 6. 1874 eingesetzten Kommission. Erste Lesung. Berlin 1887.
Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Zweite Lesung nach den Beschlüssen der Redaktionskommission. 2. Buch: Recht der Schuldverhältnisse. 7. Abschnitt. Berlin 1893.
Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch. Handausgabe mit Anmerkungen. 7. Aufl. 1906.
Förster im Recht Jahrg. 1905 Bd. 9.
Goldschmidt, Querela non numeratae pecuniae. In Jherings Jahrbüchern für Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts Bd. 24.
Goldschmidt in Jherings Jahrbüchern Bd. 22.
Haidlen, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz mit den Motiven und sonstigen gesetzgeberischen Vorarbeiten. Bd. 1. Stuttgart 1897.
Jacobi in Jherings Jahrbüchern für Dogmatik Bd. 41.
Jahrbuch des deutschen Rechts. Bd. 5.
Juristische Wochenschrift. Jahrg. 1903, 1904 u. 1908.
Kohler, Vertrag und Übergabe. Im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 18.

Motive zum Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Amtl. Ausg. Bd. 1—3. Berlin und Leipzig 1888.

Neubecker im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 22.

Oertmann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Das Recht der Schuldverhältnisse. 2. Aufl. Berlin 1906.

Oertmann, Abstrakte Versprechen aus rechtswidrigem Verpflichtungsgrund. In der Deutschen Juristenzeitung Jahrg. 1902 Nr. 5.

Oertmann in der Allgemeinen österreichischen Gerichtszeitung 48. Jahrg. Nr. 32.

Philipp, Der Bordellverkauf. In der Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern. 1905.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz. Bd. 1 3. Aufl., Berlin 1902, Bd. 2 1. u. 2. Aufl., Berlin 1900.

Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. 1 u. 2. Berlin 1897 u. 1898.

Rehbein, Das Bürgerliche Gesetzbuch mit Erläuterungen. Berlin 1898.

Römer in Goldschmidts Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 20.

Seufferts Archiv Bd. 49.

Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Bd. 2. 6. u. 7. Aufl. Berlin 1900.

Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetze. Bd. 1. 3. u. 4. Aufl. München 1907.

Weyl im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 14.

§ 1.

Nach § 138 BGB. ist ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, nichtig.

Nach § 817 Satz 1 BGB. hinwieder ist der Empfänger einer Leistung, deren Zweck in der Art bestimmt war, daß der Empfänger durch die Annahme gegen die guten Sitten verstoßen hat, zur Herausgabe verpflichtet. Der § 817 BGB. statuiert somit seinem Wortlaute nach gegen den Empfänger der Leistung einen Kondiktionsanspruch; er setzt also prima facie die Gültigkeit eines mit den guten Sitten in Widerspruch stehenden Rechtsgeschäfts voraus.

Demnach scheint zwischen dem § 138 und dem § 817 BGB. ein Widerspruch zu bestehen. In Wirklichkeit aber wird ein solcher Widerspruch nur dann vorhanden sein, wenn — abgesehen vorläufig von einer etwaigen Differenz in den Tatbeständen der §§ 138 u. 817 — der § 138 seiner Tragweite nach auch abstrakte Rechtsgeschäfte — denn ein solches ist auch das Leistungsgeschäft — mitumfaßt. Dies ist mithin der Kernpunkt der vorliegenden Untersuchung, und nur bei Bejahung der angedeuteten Fragen wäre zu prüfen, ob ein derartiger formal-logischer Widerspruch zwischen den §§ 138 u. 817 BGB. nicht aus praktisch-rechtspolitischen Gesichtspunkten heraus seine Rechtfertigung findet.

Da nun der § 138 BGB. seiner Idee nach jedenfalls dann nicht die abstrakten Rechtsgeschäfte mit umschließt, wenn ein abstraktes Rechtsgeschäft als solches überhaupt nicht

gegen die guten Sitten im materiellen Sinne des § 138 BGB. zu verstoßen vermag, zur Entscheidung dieser Vorfrage es aber einerseits vonnöten ist, über Wesen und Bedeutung des Begriffes der „guten Sitten“ Klarheit zu erlangen, andrerseits unerläßlich sein wird, den Begriff der abstrakten Rechtsgeschäfte, wie er in der Rechtswissenschaft unter Berücksichtigung rechtsgeschichtlicher Einflüsse seine Entwicklung gefunden hat, und wie er insbesondere in den einschlägigen Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs sich widerspiegelt, zu erörtern, so wird notwendigerweise eine eingehende Abhandlung dieser beiden Begriffe den Ausgangspunkt unserer Untersuchungen bilden.

Im folgenden soll zuerst der Begriff des Schutzes der „guten Sitten“ als die Grundidee der beiden zu behandelnden Gesetzesbestimmungen einer näheren Erörterung unterzogen werden.

Erster Abschnitt.

§ 2.

a) Die beiden in Frage stehenden Paragraphen des Bürgerlichen Gesetzbuchs sind nicht die einzigen, in denen dieses Gesetz des Begriffes der „guten Sitten“ Erwähnung tut. Es findet sich dieser Begriff u. a. auch in den §§ 819, 826 BGB. und in Art. 30 EG. z. BGB.

An allen diesen Stellen spricht das Bürgerliche Gesetzbuch von den „guten Sitten“ als von einer sozialen Ordnung, die dazu berufen ist, ergänzend und vervollkommnend die Bestrebungen der Rechtsordnung zu unterstützen. Trotz dieser nicht geringen Bedeutung der „guten Sitten“ für die Rechtsordnung, vielleicht auch eben deshalb, fehlt es sowohl in dem Gesetz selbst wie auch in den Vorarbeiten dazu an jeglicher Definition des Begriffes der „guten Sitten“. Die Vorarbeiten zum Bürgerlichen Gesetzbuch geben, ohne auf den Begriff selbst einzugehen, lediglich eine Begründung des gewählten Ausdrucks „gute Sitten“.

Aus den Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch läßt sich hierüber folgendes entnehmen: Schon der 1. Entwurf bestimmte in § 106, der dem jetzigen § 138 BGB. entspricht, daß ein Rechtsgeschäft, „dessen Inhalt gegen die guten Sitten verstößt“, nichtig ist. In der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs wurde nun beantragt, den Ausdruck „gute Sitten“ durch „Sittlichkeit“ zu ersetzen. Dieser Antrag wurde jedoch von der Kommission abgelehnt, und es wurde aus-

geführt, daß die Beibehaltung des Ausdrucks „gute Sitten“ der Vorschrift des § 106 einen umfassenderen Geltungsbereich sichere und den richtigen objektiven Maßstab für die Handhabung des Gesetzes enthalte.[1])

Der Ausdruck „gute Sitten“ ist denn auch in den endgültigen Text des Gesetzbuchs gekommen. Mit dem Zustandekommen des Gesetzes sind jedoch in der Literatur die Zweifel an der Zweckmäßigkeit des gewählten Ausdrucks und damit zusammenhängend der Streit über den zugrunde liegenden Begriff nicht verstummt.

Die Gründe, welche die Kommissionsmehrheit für die Beibehaltung des Ausdrucks „gute Sitten“ angeführt hatte, ließen bei sorgfältiger Vermeidung, den zugrunde liegenden Begriff zu fixieren und damit die Gesetzesbestimmung ihrer weittragenden Bedeutung zu berauben, eine doppelte Möglichkeit für die Interpretation dieses Begriffes zu: Einmal die Annahme, daß der Ausdruck „gute Sitten“ wörtlich zu verstehen sei und lediglich den Begriff der „Sitte“ im Auge habe, und ferner die Möglichkeit, ihm eine übertragene Bedeutung beizulegen und ihn mit dem Begriffe „Sittlichkeit“ zu identifizieren.

Von diesen beiden Möglichkeiten geht denn auch ein auf beiden Seiten von namhaften Anhängern geführter Streit in der Literatur aus, auf den im folgenden des näheren eingegangen werden soll.[2])

[1]) Prot. der Kommission für die 2. Lesung des Entw. eines BGB. Bd. 1 S. 123ff.

[2]) Anhänger der Unterscheidung von „Sitte“ und „Sittlichkeit“ sind: Leonhard, Der Allgem. Teil des BGB. S. 372ff.; derselbe in der Festschrift für Bekker, Weimar 1907, S. 99; Endemann, Lehrb. des bürgerl. R. Bd. 1 S. 602f.; Hölder, Komm. z. BGB. S. 304f.; vgl.

b) Die beiden in Frage stehenden Begriffe „Sitte“ und „Sittlichkeit“ zu erläutern und ihrem Geltungsbereich nach abzugrenzen, ist schon des öfteren in der Literatur versucht worden, zuerst und wohl am eingehendsten von Jhering.[3])

Jherings berühmte Abhandlung hierüber gipfelt, von der rein sprachlichen Unterscheidung dieser beiden Begriffe ausgehend, in dem Ergebnis, daß „Sitte“ und „Sittlichkeit“ zwei streng voneinander zu scheidende Begriffe seien, sowohl dem Sprachgebrauch nach wie auch auf Grund des Wesens ihrer Normen.[4])

Auf die Einzelheiten von Jherings bedeutsamen Ausführungen einzugehen wird hier mit Rücksicht auf den eigentlichen Zweck unserer Untersuchung abgelehnt werden können; indessen wird es auch für die uns beschäftigende Frage von Bedeutung sein, festzustellen, worauf sich die innere Wesensverschiedenheit der beiden Begriffe in letzter Linie gründet.

Der Sprachgebrauch kann hier nur unvollkommenen Aufschluß geben.[5])

Auch die Zweckbestimmung, welche den sittlichen Normen einerseits, den von der Sitte vorgeschriebenen Regeln andrerseits innewohnt, kann die Frage nach dem Unterschied zwischen Sitte und Sittlichkeit nicht beantworten. Haben

---

Herzog, Begriff der guten Sitte, Breslau 1910. Für die Gleichstellung von „Sittlichkeit“ und „gute Sitten“ stimmen u. a. Jacobi in Jherings Jahrb. Bd. 41 S. 108f.; Eck, Vorträge über das Recht des BGB. Bd. 1 S. 126; Cohn in Gruchots Beitr. Bd. 41 S. 792; Kuhlenbeck, Von den Pand. z. BGB. Teil 1 S. 30f.

[3]) vgl. Jhering, Der Zweck im Recht Bd. 2 S. 28ff., 57ff. u. 256ff.

[4]) vgl. Jhering, Der Zweck im Recht Bd. 2 S. 22ff., 205ff.

[5]) Jhering, Der Zweck im Recht Bd. 2 S. 61ff., 73.

doch Sitte und Sittlichkeit wie die Rechtsordnung das gleiche oberste Ziel, das Wohl der Menschheit.[6])

Das unterscheidende Merkmal der beiden Begriffe liegt vielmehr in der durchaus verschiedenen Art der Verbindlichkeit ihrer Normen. Die von der Sittlichkeit vorgeschriebenen Normen sind „Gebote des Gewissens",[7]) zu derern Befolgung — soweit diese Gebote nicht mit denen der Sitte zusammenfallen — weniger die menschliche Gesellschaft als vielmehr der einzelne Mensch sich selbst auf Grund seines Gewissens verpflichtet.

Die Gebote der Sitte hingegen sind „in die Außenwelt hervorgetretene Anstandsregeln",[8]) an deren Befolgung die Allgemeinheit ein Interesse hat. Sitte und Sittlichkeit stimmen freilich vielfach in ihren Normen überein: eine Folge des ihnen gemeinsam innewohnenden Zweckes, keineswegs aber ein Beweis für ihre Identität überhaupt. Diese ließe sich ebensowenig konstruieren wie die Identität einer dieser Begriffe oder beider mit der Rechtsordnung, eben auf Grund der völlig verschiedenen Verbindlichkeit jedes dieser Begriffe.

c) Hält man an diesem grundlegenden Unterschiede zwischen Sitte und Sittlichkeit fest, so wird es unschwer zu beurteilen sein, welchen der beiden Begriffe das Bürgerliche Gesetzbuch mit dem Ausdruck „gute Sitten" gemeint hat. Die Sittlichkeit als ein Inbegriff von Normen, die den Menschen auf Grund der inneren Stimme seines Gewissens verpflichten, liegt dem Gebiete der Rechtsordnung als einer allgemein verpflichtenden, mit staatlichen Zwangsmaßregeln ausge-

---

[6]) vgl. Leonhard in der Festgabe für Bekker S. 99.

[7]) vgl. Leonhard a. a. O.

[8]) vgl. Leonhard a. a. O.

rüsteten Normeneinheit zu fern, als daß Gebote der Sittlichkeit nach der Absicht des Gesetzgebers in das Rechtssystem hätten Eingang finden sollen.

Die in der Volksseele wurzelnden, die Allgemeinheit auf Grund äußerer Anstandsregeln verpflichtenden Gebote der Sitte hingegen konnte der Gesetzgeber in seinem System nicht außer acht lassen.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat denn auch den Begriff der Sitte u. a. in die im folgenden zu behandelnden §§ 138 und 817 aufgenommen.

Die Anhänger der Gegenmeinung,[9]) die mit dem Ausdruck „gute Sitten" den Begriff der Sittlichkeit verbinden, greifen zum Teil zur Begründung ihrer Ansicht auf die geschichtliche Entwicklung des Ausdrucks „gute Sitte" zurück. Der Umstand, daß der römische Sprachgebrauch mit dem Ausdruck „boni mores" auch den Begriff der Sittlichkeit verband, daß ferner im gemeinen Rechte von den pacta contra bonos mores häufig geradezu als von „unsittlichen Verträgen" gesprochen wurde,[10]) daß endlich auch einzelne der Kodifikationen, die vor 1900 in Deutschland Geltung hatten, wie das badische Landrecht (Satz 6 u. 1131, 1133) und das sächs. BGB. (§§ 90, 793, 1540 ff.), von „unsittlichen Verträgen" sprachen, berechtigt nach Ansicht jener Anhänger der Gegenmeinung zu der Annahme, daß auch das Bürgerliche Gesetzbuch mit

---

[9]) vgl. die oben S. 4 u. 5 angeführte Literatur; vgl. auch Vogel, Der Begriff des gegen die guten Sitten verstoßenden Rechtsgeschäftes nach § 138 BGB. S. 17 ff.

[10]) vgl. Dernburg, Pand. Bd. 2 S. 48; Regelsberger, Pand. Bd. 1 S. 540; Windscheid-Kipp, Lehrb. des Pandektenrechts Bd. 2 S. 265 ff.; vgl. auch Vogel a. a. O. S. 17.

dem Ausdruck „gute Sitten“ den Begriff der „Sittlichkeit“ verbunden wissen wollte.[11])

Indessen werden diese Gründe mehr sprach- als rechtsgeschichtlicher Natur wenig dazu beitragen können, die hier vertretene Ansicht, daß das Bürgerliche Gesetzbuch sich lediglich mit den sittenwidrigen Rechtsgeschäften befassen wollte, zu entkräften.

Für das römische Recht läßt sich eben wegen der doppelten Bedeutung des Ausdrucks „boni mores“ nicht nachweisen, ob die pacta contra bonos mores „unsittliche“ oder „sittenwidrige“ Verträge nach heutigem Sprachgebrauch waren. Die Tatsache ferner, daß das gemeine Recht und einzelne der vor Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs in Geltung gewesene Kodifikationen sich des Ausdrucks „unsittliche Verträge“ zur Bezeichnung der römischrechtlichen pacta contra bonos mores bedienten, dürfte lediglich ein Beweis dafür sein, daß man auch zu einer Zeit, wo der Unterschied zwischen „Sitte“ und „Sittlichkeit“ bereits sprachlichen Ausdruck gefunden hatte, diese Begriffe ihres vielfachen Zusammenhangs wegen oft noch vertauschte.

Für die uns beschäftigende Frage, welchen Begriff das Bürgerliche Gesetzbuch mit dem Ausdruck „gute Sitten“ verbindet, ist allein der oben erörterte Unterschied zwischen „Sitte“ und „Sittlichkeit“ ausschlaggebend, und dieser Unterschied zeigt, daß nur der Begriff der „Sitte“ in Betracht kommen kann.

Wann im einzelnen Falle eine Verletzung der „Sitte“ vorliegt, das — unter Berücksichtigung des herrschenden

[11]) vgl. Jacobi in Jherings Jahrb. für Dogmatik Bd. 41 S. 103; Vogel a. a. O.

Volksbewußtseins — zu entscheiden ist Sache des Richters, dem sich hier ein weites Feld rechtsbildender und rechtserzeugender Tätigkeit auftut.

Der für die Rechtspflege so bedeutungsvolle Begriff der „guten Sitten“ als eine die Rechtsordnung vervollkommnende und ergänzende soziale Ordnung ist auch die Grundidee der im folgenden zu behandelnden Paragraphen des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Um so mehr wird es daher von Interesse sein, zu erfahren, ob die beiden Paragraphen sich in der Tat widersprechen. Wie bereits im Eingange unserer Untersuchung erwähnt wurde, ist es für die Frage des Widerspruchs zwischen §§ 817 u. 138 BGB. vor allem wichtig, zu untersuchen, ob § 138 BGB. auch abstrakte Rechtsgeschäfte, darunter auch das in § 817 BGB. behandelte Leistungsgeschäft, umfaßt, eine Vorfrage, die nur auf Grund eingehender Kenntnis des Wesens und der Bedeutung der abstrakten Rechtsgeschäfte beantwortet werden kann.

Im folgenden soll daher zunächst über Begriff und Bedeutung der abstrakten Rechtsgeschäfte gehandelt und sodann versucht werden, die Frage zu beantworten, ob ein abstraktes Rechtsgeschäft nach seiner Konstruktion und Stellung im Bürgerlichen Gesetzbuch gegen die guten Sitten im Sinne des § 138 BGB. zu verstoßen vermag und welche Folgen sich daraus für die Frage des Widerspruchs zwischen §§ 138 und 817 BGB. ergeben.

Der Begriff der „guten Sitten“ wird hierbei nach den bisherigen Erörterungen nunmehr als bekannt vorausgesetzt werden können.

Zweiter Abschnitt.

§ 3.

Abstrakte Rechtsgeschäfte sind solche von dem Grundgeschäfte, der causa, losgelöste „künstliche Ausnahmeformen".[1]) bei denen lediglich der in ihnen zum Ausdruck gelangte Wille ohne Berücksichtigung des Zweckes die Parteien bindet. Es sind also Rechtsakte, bei welchen die Vermögensverschiebung allein durch das „Hilfsgeschäft" [1a]) hervorgebracht wird rechtlich unabhängig von der Zwecksbestimmung, die in dem Kausal- oder „Grundgeschäft" enthalten ist. Freilich ist auch bei den abstrakten Rechtsgeschäften ein Grund psychologische Notwendigkeit; denn kein vernünftiger Mensch handelt ohne einen solchen Zweck.[2])

---

[1]) Klingmüller, Der Begriff des Rechtsgrundes Teil 2 § 9 S. 48.

[1a]) So nennt Stampe (Das Causaproblem des Zivilrechts S. 33) jene Rechtsakte, mit deren Hilfe die zwischen den Parteien rechtsgeschäftlich angebahnten Zwecke endgültig verwirklicht werden.

[2]) vgl. Klingmüller, Das Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis des BGB. für das Deutsche Reich § 1 S. 3; derselbe, Begriff des Rechtsgrundes Teil 2 § 7 S. 36; Regelsberger, Pand. Bd. 1, in Bindings systematischem Handb. der deutschen Rechtswissenschaft Teil 1 Abt. 1 § 167 S. 607f.; Gneist, Die formellen Verträge des neueren römischen Obligationenrechts; Leonhard, Der Allgem. Teil des BGB. in seinem Einflusse auf die Fortentwicklung der Rechtswissenschaft § 69 S. 264f.; Liebe, Die Stipulation und das einfache Versprechen S. 124; Bähr, Anerkennung als Verpflichtungsgrund S. 12; Schlesinger, Zur Lehre von den Formalkontrakten S. 7; Witte, Bereicherungsklagen S. 53;

Aber die Rechtsordnung scheidet bei den abstrakten Rechtsgeschäften nicht nur das Motiv als etwas „für die juristische Charakteristik des Geschäfts völlig Unwesentliches“ [3]) aus, sondern eliminiert auch den rechtlichen Zweck, das Kausalmoment, das bei den kausalen Rechtsgeschäften als essentiale erscheint.[4])

Die großen Vorteile der Konstruktion von abstrakten Geschäften liegt auf der Hand. Der abstrakte Vertrag hat eine wesentliche Vereinfachung und Durchsichtigkeit des Tatbestandes zum Gefolge und bietet somit im Prozeß dem Gläubiger große Vorteile. Letzterer hat es nicht nötig, umständliche und schwierige Beweise anzutreten. Es ist somit eine leichtere Durchführung seiner Ansprüche gewährleistet. Mit Recht kann man daher sagen, daß der abstrakte Vertrag dem Gläubiger prozessual eine „ausgezeichnete Angriffsstellung“ gewährt.[5])

a) Bereits das älteste römische Recht kannte abstrakte Rechtsgeschäfte, besser gesagt die typischen altrömischen Vertrags-

---

v. Jhering, Geist des röm. R. auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung Teil 3 Abt. 1 S. 209; v. Salpius, Novation und Delegation nach römischem Recht S. 215 f.

[3]) v. Jhering, Geist des röm. R. Bd. 3, 1 S. 210.

[4]) vgl. dazu Windscheid, Lehrb. des Pandektenrechts § 319 S. 201 f.; v. Jhering a. a. O. S. 207; Klingmüller, Begriff des Rechtsgrundes Teil 4 § 15 S. 84; Zitelmann, Das Recht des BGB. Allgem. Teil S. 210.

[5]) So Cosack, Lehrb. des deutschen bürgerl. R. Bd. 1 § 162 S. 581; v. Tuhr, Zur Lehre von den abstrakten Schuldverträgen nach dem BGB. S. 7: „Schneidiges Institut“; vgl. auch Jhering, Geist des röm. R. Bd. 3, 1 S. 206 f.; Klingmüller, Begriff des Rechtsgrundes S. 37, 48 f., 52, 56 f. u. 62; Enneccerus-Lehmann, Das bürgerl. R., eine Einführung in das Recht des BGB., Bd. 1 § 96 S. 217 f.; Bähr a. a. O. S. 21 f.; Matthiaß, Lehrb. des bürgerl. R. Bd. 1 3. Aufl. S. 224.

formen zeigen bei strengem Formalismus eine abstrakte Natur, die sich ursprünglich durch eine starke Hintansetzung des materiellen Rechts kennzeichnet, eine Erscheinung, die man auch bei anderen Völkern, deren Rechtsordnung noch wenig entwickelt ist, vorfindet. Aber den römischen Juristen gebührt das große Verdienst, im Laufe der weiteren Rechtsentwicklung bei den einzelnen Rechtsgeschäften das kausale Moment von dem abstrakten scharf gesondert, die tatsächliche Vereinigung dieser beiden Willensbestandteile juristisch aufgelöst und voneinander geschieden zu haben.[6])

Jene abstrakten Rechtsgeschäfte streng formalen Charakters waren die mancipatio, in iure cessio, der Literalkontrakt und vor allem die stipulatio. Um die Zeit Justinians aber ging mit der Abschwächung ihrer Formstrenge auch die Erkenntnis von der weittragenden Bedeutung der abstrakten Rechtsgeschäfte allmählich zurück.[7]) Justinian sah es selbst als „absurdum et tam nostris temporibus quam iustis legibus contrarium“ an, daß das abstrakte Rechtsgeschäft in seiner früheren Bedeutung Geltung behalten dürfe.[8])

Auch dem deutschen Recht waren abstrakte Rechtsgeschäfte keineswegs fremd. So erkennt das ältere deutsche Recht ein in die richtige Form gekleidetes Schuldversprechen als rechtswirksam an, auch wenn darin die causa nicht genannt war, und vor allem erhellt aus dem mannigfachen Gebrauch von typischen Worten ohne Bezeichnung der causa, wie sie im deutschen Recht des Mittelalters üblich waren,

---

[6]) vgl. Zitelmann a. a. O. S. 110.

[7]) vgl. insbesondere l. 25 § 4 D. 22, 3; ferner Dernburg, Pand. Bd. 2 § 22 S. 64; Klingmüller, Begriff des Rechtsgrundes § 10 S. 51.

[8]) l. 2 C. de const. pec. 4, 18.

deutlich, daß dem Deutschen der Sinn für Wesen und Bedeutung der abstrakten Rechtsgeschäfte durchaus nicht fremd war.[9])

Da nun aber, wie erwähnt, das römische Recht zur Zeit Justinians und auch in der Folgezeit den Begriff der abstrakten Rechtsgeschäfte aus seinem Rechtssystem ausgeschaltet hatte, das römische Recht also ohne dieses Institut rezipiert wurde, so ist es erklärlich, daß bei dem Übergewicht, welches das römische Recht über das deutsche besaß, die abstrakten Verträge aus unserem Recht verschwanden. Denn das Institut der abstrakten Verträge war nicht so tief in der deutschen Rechtsüberzeugung eingewurzelt, daß es dem Eindringen des römischen Rechts hätte erfolgreich standhalten können. Bähr vor allem gebührt das Verdienst, in seinem Werke „Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund“ die Wissenschaft wieder auf die Bedeutung der abstrakten Verträge hingewiesen zu haben. Trotz mancher Gegnerschaft[10]) aber drang das Institut der abstrakten Rechtsgeschäfte wieder in die Theorie und Praxis ein, und auch das Bürgerliche Gesetzbuch hat es wieder aufgenommen. Anscheinend war ursprünglich eine gesetzliche Regelung des Begriffs der abstrakten Verträge beabsichtigt, worauf § 290 Abs. 2 des 1. Entw. schließen läßt. Die 2. Kommission strich jedoch die Bestimmung des § 290 Abs. 2, da

[9]) Heusler, Instit. des deutschen R. Bd. 2 S. 245 f.; Stobbe, Deutsches PrivR. Bd. 3 § 167; Gerber, System des deutschen PrivR. § 195; vgl. ferner Klingmüller, Begriff des Rechtsgrundes § 10 S. 51 a. E. und die dort Anm. 1 S. 52 zitierten Quellenstellen; Dernburg, Das bürgerl. R. des Deutschen Reichs und Preußens Bd. 2 Abt. 1 S. 194 Anm. 2.

[10]) So Kindel, Das Rechtsgeschäft und sein Rechtsgrund, eine Kritik der im Entw. eines BGB. für das Deutsche Reich aufgenommenen Lehre vom abstrakten Vertrage, S. 3 f.

sie wahrscheinlich den Begriff, wie er sich in Literatur und Rechtsprechung hinsichtlich der abstrakten Verträge herausgebildet hat, in das Gesetzbuch herübernehmen wollte, ohne ihn selber zu präzisieren.

Die abstrakten Schuldverträge des heutigen Rechts sind vor allem das Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis, die Annahme einer Anweisung, der abstrakte Erlaß und negative Schuldanerkennungsvertrag und ganz besonders der Wechsel, der im Gegensatz zu den genannten Verträgen absolut abstrakt ist, also nicht einmal kausal abgestellt werden darf.

Die Abstraktheit darf aber nicht dahin verstanden werden, daß die causa aus dem Rechtsgeschäft so vollkommen losgelöst ist, daß sie keinerlei Beziehungen zu dem Geschäfte selbst mehr hat. Im Gegenteil äußert sie oft noch recht starke Wirkungen auf das Rechtsgeschäft, aus dem sie ausgeschieden ist. Denn es ist nicht zu verkennen, daß die abstrakten Verträge trotz ihrer großen Vorzüge doch andererseits, wenn der causa keinerlei Bedeutung mehr beigemessen werden dürfte, leicht dazu mißbraucht werden könnten, das „richtige Recht“ zu Falle zu bringen. Dies haben bereits die Römer erkannt, indem sie z. B. der abstrakten Tradition die Wirkungen des Eigentumsübergangs nahmen, wenn die Tradition dazu benutzt wurde, um die bei Schenkungen über 500 solidi vorgeschriebene gerichtliche Insinuation zu umgehen, oder wenn dadurch gegen das Verbot der Schenkungen unter Ehegatten gehandelt wurde.[11])

[11]) vgl. l. 17 pr. D. 16, 1; ferner l. 3 § 10, l. 5 § 18, l. 11, 33 pr., 39 pr., 48 D. 24, 1; s. ferner Oertmann, Abstrakte Versprechen aus rechtswidrigem Verpflichtungsgrund, in der DJZ. 1902 Nr. 5 S. 106; Windscheid, Pand. Bd. 2 § 367 S. 350f.; Dernburg, Pand. Bd. 2 § 108 S. 288f.; Klingmüller, Begriff des Rechtsgrundes § 15 S. 84, § 16 S. 89; Kohler, Arch. f. bürgerl. R. Bd. 18 S. 111.

Es beruht aber die Nichtigkeit der Tradition hier nicht auf einem Prinzip. Es wird vielmehr der abstrakten Tradition die Wirkung durch ius singulare entzogen; nicht formallogische, sondern rechtspolitische Gesichtspunkte sind somit ausschlaggebend gewesen.[12])

Die Römer haben des weiteren — und dies ist ein Werk des ius honorarium — den starren Formalismus, der den abstrakten Rechtsgeschäften, vor allem der stipulatio anhaftete, insofern gemildert, als sie dem Schuldner gestatteten, im Prozeß auf den losgelösten Rechtsgrund wieder zurückzugreifen, und zwar offensiv mit der condictio und defensiv mit der exceptio doli, um auf diese Weise die Wirkungen eines bereits eingetretenen Vermögensübergangs zu beseitigen.[13])

b) Auch das Bürgerliche Gesetzbuch hat sich der Erkenntnis des römischen Rechts nicht verschließen können, daß das Prinzip der Gültigkeit der abstrakten Verträge ohne jegliche Rücksichtnahme auf ihren Rechtsgrund in dieser Starrheit wegen der Bedenklichkeit der Konsequenzen nicht durchgeführt werden könne, sondern Abschwächungen erleiden müsse. Es ist jedoch daran festzuhalten, daß auch das Bürgerliche Gesetzbuch durch Aufstellung einzelner Typen abstrakter Verträge dem ab-

---

[12]) vgl. Gradenwitz, Die Ungültigkeit obligatorischer Rechtsgeschäfte S. 191 f.

[13]) vgl. l. 1 C. 4, 6; l. 2 § 3 D. 44, 4; s. auch Karsten, Bedeutung der Form im Obligationenrecht S. 56 f.; Wieland, Der Wechsel und seine zivilrechtlichen Grundlagen S. 78 f.; Klingmüller, Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis Kap. 4 § 19 S. 114; Klingmüller, Begriff des Rechtsgrundes Teil 4 § 17 S. 95 f.; Römer in Goldschmidts Zeitschr. f. HR. Bd. 20 S. 48 f.; Liebe, Die Stipulation und das einfache Versprechen § 7 S. 83; Goldschmidt, Querela non numeratae pecuniae, in Jherings Jahrb. für Dogmatik Bd. 24 S. 63 f.; derselbe in Jherings Jahrb. Bd. 12 S. 5 f.

strakten Vertrag zwar in seinem Rechtssystem Raum gibt, daß es aber das Prinzip, die abstrakten Verträge müßten unter allen Umständen, ohne Rücksicht auf den Rechtsgrund gültig sein, in einzelnen Fällen durchbrochen hat.

So tritt z. B. Nichtigkeit des abstrakten Vertrages ein, wenn dieser nur den Zweck hat, eine gesetzlich fixierte, das Rechtsgeschäft erschwerende Formvorschrift zu umgehen. Nichtig ist z. B., wie aus § 2301 Abs. 1 Satz 2 zu ersehen ist, ein schenkungsweise erteiltes Schuldversprechen oder Schuldanerkenntnis, das die Bedingung enthält, es solle erst, wenn der Beschenkte den Schenker überlebt, in Kraft treten, und zwar soll ein solches Schuldversprechen oder Schuldanerkenntnis nichtig sein, wenn es den für Verfügungen von Todes wegen getroffenen formellen Bestimmungen nicht entspricht. Gleichfalls der Nichtigkeit verfällt auch nach § 815 BGB. ein abstraktes Schuldversprechen oder Schuldanerkenntnis, wenn die causa ein Schenkungsvertrag ist, der der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung bedarf, und diese Form nicht gewahrt ist.[14])

Nichtigkeit statuiert das Gesetz ferner, wenn der abstrakte Vertrag den Zweck hat, eine Gesetzesnorm materiellen Inhalts zu umgehen. So gelten die Vorschriften des § 762, wonach durch Spiel oder Wette eine Verbindlichkeit nicht begründet wird, auch für eine Vereinbarung, durch die der verlierende Teil zum Zwecke der Erfüllung einer Spiel- oder Wettschuld dem gewinnenden Teile gegenüber eine Verbindlichkeit eingeht, insbesondere für ein Schuldanerkenntnis. Hier

[14]) vgl. auch v. Tuhr, Zur Lehre von den abstrakten Schuldverträgen nach dem BGB. S. 17 f.; Klingmüller, Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis S. 128.

hat das Gesetz ausdrücklich festgestellt, daß eine derartige Vereinbarung eine Verbindlichkeit nicht hervorbringen solle, und zwar im Gegensatz zum 1. Entwurf, nach dem der Aussteller nur die Erfüllung verweigern durfte oder das Recht hatte, von seiner Verpflichtung Befreiung zu fordern. Eine gleiche Unwirksamkeit des abstrakten Vertrages hat das Gesetz in § 656 fixiert.

Aber damit sind die Fälle, in denen das Gesetz die Unwirksamkeit der abstrakten Verträge ausspricht, noch nicht erschöpft. Bei den bisher erwähnten Fällen, die gesetzlich ihrer Zahl nach bestimmt sind, handelt es sich nämlich um Wirkungen des ausgeschiedenen Rechtsgrundes, die so stark sind, daß sie den abstrakten Vertrag geradezu unwirksam machen. Die ipso iure-Gültigkeit der abstrakten Verträge erleidet außerdem eine weitere Einschränkung dadurch, daß die abstrakten Rechtsakte, die ja mit Ausnahme der Annahme einer Anweisung und der Ausstellung eines Wechsels durchweg Verträge sind, den Bestimmungen des allgemeinen Teils des Bürgerlichen Gesetzbuchs unterliegen. Sie sind also bei mangelnder Geschäftsfähigkeit eines Vertragschließenden nichtig, können wegen Irrtums usw. angefochten werden.

Doch nicht nur durch Statuierung außerordentlicher Nichtigkeitsgründe und durch Unterwerfung unter die Bestimmungen des allgemeinen Teils hat das Bürgerliche Gesetzbuch das strenge Prinzip der ipso iure-Gültigkeit der abstrakten Rechtsgeschäfte durchbrochen. Es hat auch dann, wenn die Mängel im Grundgeschäft nicht derartig stark sind, um die Nichtigkeit des abstrakten Rechtsgeschäfts herbeizuführen, dafür gesorgt, einer durch das Mittel des abstrakten Geschäfts herbeigeführten Vermögensverschiebung, der der rechtliche Grund fehlt, die schädlichen Folgen zu entziehen.

Das Mittel, durch welches der Gesetzgeber dieses Ziel erreicht, sind die Kondiktionen. Zwar besagen die Motive[15]): „Die Vorschriften des Entwurfs über die Bereicherung, d. h. über die Schuldverhältnisse aus ungerechtfertigter Bereicherung (Kondiktionen), beruhten nicht auf dem ... allgemeinen Billigkeitssatze, niemand dürfe sich mit dem Schaden eines anderen bereichern ...", die Kondiktionen seien vielmehr persönliche Ansprüche auf Rückgängigmachung desjenigen an sich nach den maßgebenden Vorschriften eingetretenen Rechts- und Vermögenserwerbes, welcher eines Rechtsgrundes entbehre". Aber aus dieser Zweckbestimmung der Kondiktionen und den in den Motiven (Bd. 2 S. 830) gemachten Ausführungen: „Ist durch einen den Vermögensübergang an sich begründenden Akt das Vermögen eines anderen vermehrt und fehlt hierzu ein rechtlicher Grund, so hat jener gegen den letzten den persönlichen Anspruch auf Zurückgewährung des ohne Rechtsgrund Empfangenen ..." läßt sich doch nur folgern, daß die Kondiktionen nicht gerade dazu geschaffen sind, den Grundsatz der Billigkeit dem starren Prinzip der abstrakten Verträge gegenüber zur Geltung zu bringen. Trotzdem läßt es sich nicht verkennen, daß sie in Wirklichkeit diesem Zwecke dienen.[16])

Der Geschädigte kann also, falls sein Gegenkontrahent durch den abstrakten Vertrag einen ungerechtfertigten Vermögensvorteil erlangt hat, diesen im Wege der Klage aus ungerechtfertigter Bereicherung kondizieren, und er kann für

[15]) Mot. Bd. 2 S. 829 eingangs.

[16]) vgl. zutreffend Klingmüller, Begriff des Rechtsgrundes S. 104, der gleichfalls der Ansicht, daß die Kondiktionen den Grundsätzen der Billigkeit gegenüber der Strenge der abstrakten Verträge zu ihrem Recht verhelfen. Ebenso Dernburg, Bürgerl. R. Bd. 2 Teil 2 § 374 Anm. 1 S. 592.

den Fall, daß noch nicht erfüllt ist, einem auf Erfüllung gerichteten Klageantrag des Gläubigers die Bereicherungseinrede entgegensetzen.

Aus den gemachten Ausführungen dürfte erhellen, daß die abstrakten Rechtsgeschäfte im Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs Raum finden, und daß der Gesetzgeber, wenn er diese Rechtsgeschäfte auch nicht definiert, sondern den Begriff, wie ihn Theorie und Praxis ausgebildet haben, akzeptiert, die Gültigkeit der abstrakten Verträge ohne Rücksicht auf die zugrunde liegende causa als Prinzip aufstellt. Aber er hat, wie gezeigt, dieses Prinzip, um unerträgliche Konsequenzen zu verhindern, selbst durchbrochen: Einmal indem er Nichtigkeit statuiert, wenn das abstrakte Rechtsgeschäft zur Umgehung formeller und materieller Normen benutzt wird, sodann dadurch, daß dem Geschädigten das Mittel der Kondiktionen zu Gebote steht, falls er auf Grund eines abstrakten Geschäfts einen Vermögensnachteil ohne rechtlichen Grund erlitten hat oder es ihm bevorsteht, einen solchen zu erleiden, indem er vom Gegenkontrahenten aus dem abstrakten Rechtsgeschäfte verklagt wird.

§ 4.

Eine Abweichung von dem Prinzipe der ipso iure-Gültigkeit der abstrakten Rechtsgeschäfte normiert auch § 817 BGB., der dem Leistenden einen Rückforderungsanspruch auf das Geleistete gewährt, falls der Zweck der Leistung derart bestimmt war, daß der Empfänger durch die Annahme der Leistung gegen die guten Sitten verstoßen hat. Über das Verhältnis dieses Paragraphen zu der allgemeinen Bestimmung des § 138 BGB., wonach ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, nichtig ist, herrscht lebhafter Streit in der Literatur.

Soll nun unter Zugrundelegung des in den bisherigen Ausführungen wiedergegebenen Wesens der abstrakten Rechtsgeschäfte an die eigentliche Lösung der Frage herangetreten werden, ob abstrakte Rechtsgeschäfte gegen die guten Sitten im Sinne des § 138 BGB. verstoßen können, so wird ein Unterschied gemacht werden müssen dahin, ob und inwieweit die causa des Grundgeschäfts auf das Leistungsgeschäft selbst einzuwirken imstande ist, und ob das Leistungsgeschäft für sich selber wider die guten Sitten verstoßen kann.

Eine mehrfach in der Literatur vertretene Ansicht geht dahin, daß ein nach § 138 mit den guten Sitten in Widerspruch stehendes Kausalgeschäft das abstrakte Rechtsgeschäft ungültig macht. Ein Vertreter dieser Meinung ist Dernburg, der auf Grund seiner Ansicht einen Widerspruch zwischen den §§ 138 u. 817 BGB. für bestehend erachtet. Er spricht das gegen § 138 verstoßende abstrakte Rechtsgeschäft als nichtig an, selbst wenn der unsittliche Bestimmungsgrund im abstrakten Akte nicht zum Ausdruck gelangt ist. Nach ihm genügt zur Nichtigkeit schon der Umstand, daß die dem abstrakten Akte zugrunde liegende causa gegen die guten Sitten verstößt. Seine Ansicht begründet er damit, daß die Frage nach der sittlichen Qualität des Geschäfts von „diesem zufälligen und rein äußerlichen Umstande" (nämlich der Abstraktheit) nicht abhängig gemacht werden könne.[1])

Da Dernburg bei dieser Ansicht sich nicht verhehlen kann, daß dann angesichts des § 817 das Gesetz einen Widerspruch enthalte, so räumt er dem § 138 als der prinzipiellen

[1]) vgl. Dernburg, Das bürgerl. R. des Deutschen Reichs und Preußens Bd. 2 Teil 1 § 90 III S. 199.

Vorschrift, die ihm im Gegensatz zu § 817 als die „innerlich allein gerechtfertigte“ erscheint, den Vorrang ein.[2])

Seine Ansicht vertritt er dann noch an einer anderen Stelle. Hier bezeichnet er die Bedeutung des § 817 im System des Bürgerlichen Gesetzbuchs als zweifelhaft. Da nach § 138 jedes gegen die guten Sitten verstoßende Rechtsgeschäft nichtig sei, vollziehe sich auch eine auf Grund eines solchen Rechtsgeschäfts erfolgte Leistung — speziell Übereignung — im Rechtssinne überhaupt nicht. Dem Leistenden stehe daher nicht die Kondiktion, sondern nur die Vindikation zu Gebote. Dem § 817 gesteht Dernburg hier eine Daseinsberechtigung für die Fälle zu, in denen eine wider die guten Sitten verstoßende Leistung bereits erfolgt sei, die Vindikation aber nicht mehr möglich sei, wie z. B. dann, wenn das zu einem unsittlichen Zweck Geleistete bereits von dem Empfänger verbraucht sei.[3])

Entschieden wendet sich Dernburg vor allem gegen die Ansicht, die das abstrakte Rechtsgeschäft als von der causa losgelöst betrachten will, indem er diese Loslösung als auf dem Gebiete des privaten Willens liegend bezeichnet. Dieser private Wille aber dürfe nach ihm nicht so weit gehen, daß er die Frage nach der ethischen Verwerflichkeit einer Handlung von sich abhängig macht.[4])

Die Ansicht Dernburgs vertritt ohne nähere Begründung Scherer, der den § 817 als eine lediglich Wiederholung des § 138 für unnötig hält.[5])

---

[2]) vgl. Dernburg a. a. O.

[3]) vgl. Dernburg, Das bürgerliche Recht Bd. 2 Abt. 2 S. 101.

[4]) vgl. Dernburg a. a. O. S. 601 Anm. 3.

[5]) vgl. Scherer, Recht der Schuldverhältnisse des BGB. für das Deutsche Reich S. 1225.

Auch Staub glaubt den § 138 als zu dem § 817 im Widerspruche stehend vorziehen zu müssen.[6])

Doch begründet Staub seine Ansicht ebensowenig wie Scherer und Weyl, der gleichfalls auf dem Standpunkt Dernburgs steht.[7])

Die Ansicht Dernburgs wird weiter geteilt von Lotmar, Neubecker und Klingmüller, jedoch weist der Standpunkt dieser Schriftsteller gegenüber dem von Dernburg vertretenen gewisse Nuancierungen auf. Die genannten Schriftsteller verkennen zum Teil nicht, daß bei ihrer Ansicht ein gewisser Widerspruch zwischen § 138 und § 817 bestehe, zum Teil auch wollen sie dem § 817 wenigstens in etwa gerecht werden, indem sie annehmen, daß bei der Bedeutung, die sie dem § 817 zumessen, eine Gesetzesantinomie zwischen dem § 138 und § 817 nicht vorhanden sei.

Lotmar geht von der Ansicht aus, daß bei einem Versprechen, bei dem der Versprechende durch die Abgabe und der Empfänger durch dessen Annahme gegen die guten Sitten verstoße, das Versprechen selbst einen unsittlichen Charakter an sich getragen haben müsse. Ein solches Versprechen sei aber nichtig und begründe keinerlei Verbindlichkeit. Deshalb werde dem Empfänger in Wahrheit auch nichts geleistet, und die besondere Bestimmung des § 817 Satz 2, die eine Rückforderungsmöglichkeit aufstelle, sei „unbegreiflich". Nach ihm gewähre der § 817 höchstens eine Feststellungsklage, und die in § 817 Satz 2 ausgesprochene Rückforderung sei dahin einzuschränken, daß der Gesetzgeber mit der „Zulassung der

[6]) vgl. Staub, Komm. z. HGB. Bd. 2 S. 1088.

[7]) vgl. Weyl, Vorträge über das BGB. für Praktiker Bd. 1 S. 250 f.; vgl. Weyl im Arch. f. bürgerl. R. Bd. 14 S. 148 f.

Rückforderung gegenüber der Verbindlichkeit eben deren Ungültigkeit habe ausdrücken wollen, die sich in der Rückforderung des Schuldscheins äußern möge".[8])

Auf demselben Standpunkte stand unter Bezugnahme auf den Vorgenannten früher Matthiaß, der die Zulassung der Rückforderung sich nur auf die Herausgabe des Schuldscheins beziehen lassen wollte.[9])

Neubecker vertritt mit Dernburg die Ansicht, daß die §§ 817 u. 138 im Widerspruch miteinander stehen. Er nennt diesen Widerspruch einen „unversöhnlichen" und gibt dem § 138 den Vorzug vor § 817.[10]) Trotzdem widerstrebt es ihm, die Konsequenzen aus dieser Ansicht bis zum Äußersten zu ziehen. Während Dernburg, abgesehen von dem Falle, daß das zu unsittlichem Zwecke Geleistete vom Empfänger bereits verbraucht ist, nur die Vindikation als Ausgleichsmittel angewendet wissen will, kommt Neubecker unter Berufung auf den Satz: „Nemo auditur turpitudinem suam allegans" zu dem Resultate, daß dem, der contra bonos mores etwas geleistet, insbesondere dem Wucherer, die Vindikationsmöglichkeit versagt sei, trotzdem ihm das Eigentum verbleibe, weil sonst der unsittlich Leistende, um die Nichtigkeit der Tradition und die daraus sich ergebende Vindikationsmöglichkeit zu begründen, sich auf eigene Unsittlichkeit stützen müsse.[11])

Neuerdings ist als Vertreter der Ansicht Dernburgs, die er jedoch in abgeschwächter Form vertritt, Klingmüller aufgetreten. Er begründet seinen Standpunkt in doppelter

---

[8]) vgl. Lotmar, Der unmoralische Vertrag S. 63.

[9]) vgl. Matthiaß, Lehrb. des bürgerl. R. 1. Aufl. Bd. 1 S. 141, 626.

[10]) Neubecker im Arch. f. bürgerl. R. Bd. 22 S. 89.

[11]) vgl. Neubecker a. a. O. S. 71.

Weise; indem er einmal die vom Gesetz ausdrücklich bestimmten Fälle, in denen wegen eines vom Gesetzgeber reprobierten Zweckes das abstrakte Rechtsgeschäft der Nichtigkeit anheimfällt, zum Ausgangspunkte nimmt, erweitert er diese Fälle durch § 138. Zum anderen begründet er die Richtigkeit seiner Annahme damit, daß nach seiner Ansicht § 138 als ius cogens zu gelten habe, damit nicht die Kontrahenten durch Abschluß eines abstrakten Rechtsgeschäftes die Wirkung des § 138 illusorisch machen könnten. Den § 817 will Klingmüller folgendermaßen interpretieren: Er meint, daß ein Rechtsgeschäft, wenn es auch nichtig sei, doch rechtliche Existenz gehabt habe, und diese Existenz zeitige immer noch rechtliche Folgen. Um diese trotz der Nichtigkeit noch vorhandenen Rechtsfolgen zu beseitigen, sei der § 817 geschaffen, der z. B. zur Rückforderung des hingegebenen Verpflichtungsscheins, der nach Klingmüller eine solche Rechtsfolge ist, oder zur Feststellung der Unwirksamkeit des obligatorischen Verhältnisses diene.[12])

§ 5.

Die genannten Schriftsteller kommen also, wie aus dem oben Ausgeführten hervorgeht, teils geradezu zu der Annahme eines Widerspruchs zwischen § 138 BGB. und § 817, teils verneinen sie das Vorhandensein eines solchen, erkennen dem § 817 jedoch nur eine verhältnismäßig untergeordnete Bedeutung zu. Es dürfte aber der Gesetzgeber dem § 817 BGB. weitergehendere Aufgaben zugewiesen haben, ohne den § 817 mit dem § 138 in Widerspruch zu setzen.

[12]) vgl. Klingmüller, Begriff des Rechtsgrundes § 15 S. 83f., § 16 S. 92f.; derselbe, Das Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis § 21 S. 136f.; vgl. auch Hachenburg, Das BGB. für das Deutsche Reich, Vorträge, gehalten in den Jahren 1896/97, S. 323.

a) Der Ansicht der Schriftsteller, die sich für einen Widerspruch zwischen den §§ 138 u. 817 aussprechen oder den § 817 im Hinblick auf die Bestimmungen des § 138 für überflüssig halten, stehen mancherlei Bedenken entgegen. In gewisser Überwertung des in § 138 zum Ausdruck gebrachten Prinzips dürften sie u. E. der eigenartigen Natur der abstrakten Verträge nicht in hinreichendem Maße gerecht werden. Der Gesetzgeber hat das immerhin künstliche Gebilde der abstrakten Rechtsgeschäfte in sein System aufgenommen, da er glaubte, die oben geschilderten Vorteile dieser Konstruktion nicht missen zu können. Um aber die Härten, die stets aus der starren Durchführung eines Prinzips erwachsen, zu mildern, hat er bestimmte Fälle statuiert, in denen die Idee der abstrakten Rechtsgeschäfte eine Durchbrechung oder Abschwächung erfährt. Im Prinzip muß aber daran festgehalten werden, daß die abstrakten Rechtsgeschäfte von dem zugrunde liegenden Geschäft losgelöst sind und von diesem nicht beeinflußt werden. Deshalb geht Dernburg zu weit, wenn er meint, die unsittliche causa müsse das abstrakte Rechtsgeschäft nichtig machen, weil die Frage nach der sittlichen Qualität des Rechtsgeschäftes nicht von diesem „zufälligen und rein äußerlichen" Umstande abhängig gemacht werden könne. Einmal wohnt diesem von Dernburg rein äußerlich genannten Umstande eine Tragweite inne, die Dernburg anscheinend unterschätzt. Denn bei abstrakter Fassung ist nicht zu ersehen, ob z. B. der Schuldschein contra bonos mores verstößt, während bei kausaler Fassung die sittliche Qualität des Rechtsgeschäfts sofort erkennbar wird.[1])

[1]) So auch v. Tuhr, Zur Lehre von den abstrakten Schuldverträgen S. 13 Anm. 27.

Auch ist dieser Umstand keineswegs ein rein zufälliger, und es liegt die Loslösung der causa bei den abstrakten Akten durchaus nicht immer, wie Dernburg meint, auf dem Gebiet des Privatwillens; denn das Gesetz kennt ja sogar notwendig abstrakte Rechtsgeschäfte, wie z. B. den Wechsel, der die causa gar nicht enthalten darf.

Die Eigentümlichkeit der abstrakten Rechtsgeschäfte als von ihrer causa losgelöster Gebilde, die zwar in dieser causa ihre Veranlassung finden, deren rechtliche Wirkungen aber von der Qualität der causa nicht abhängig sind, ist auch allgemein anerkannt und entspricht vollkommen den Verkehrsbedürfnissen. Die Struktur der abstrakten Rechtsgeschäfte in dem gedachten Sinne präzisieren ausdrücklich die gesetzgeberischen Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch. So bemerken schon die Motive: „Das dingliche Rechtsgeschäft ... ist, soweit sein Wesen entscheidet, ein von dem Verpflichtungsgrund losgelöstes, selbständiges Geschäft; die Parteien mögen bei einem Vertrage verschiedene Rechtsgründe vorausgesetzt haben oder der von ihnen vorausgesetzte Rechtsgrund mag ungültig sein, die Wirksamkeit des dinglichen Vertrages wird dadurch nicht ausgeschlossen. Ein gleiches Verhältnis besteht bei der Abtretung von Forderungen; auch hier steht dem die Verpflichtung zur Abtretung begründenden Vertrage der den Übergang der Forderung bewirkende Übertragungsvertrag als etwas Selbständiges gegenüber, wenngleich beide Akte äußerlich vereint erscheinen mögen".[2])

In völliger Harmonie damit besagen die Motive in Bd. 3 unter § 829: „Der dingliche Vertrag ist unabhängig von den

[2]) Mot. zu dem Entw. eines BGB. für das Deutsche Reich Bd. 1 S. 127, 128.

obligatorischen Beziehungen der Beteiligten zueinander, der Rechtsgrund, auf welchem er beruht, ist ohne Einfluß auf die Rechtsänderung . . . Ist der Rechtsgrund, welchen die Vertragschließenden voraussetzten, ungültig . . ., so kann hieraus doch immer nur ein persönlicher Anspruch des einen gegen den anderen hergeleitet werden. Es sind dies Folgerungen aus der abstrakten Natur des dinglichen Vertrages, welche mit dem geltenden Recht . . . in Einklang stehen. Gegenüber den zahlreichen Gesetzen indessen, welche die dingliche Rechtsänderung an den obligatorischen Grund derselben knüpfen, erscheint es ratsam, jene Folgerungen im Bürgerlichen Gesetzbuch ausdrücklich zu bestimmen".[3])

Nicht minder hat in Übereinstimmung mit den Motiven die Praxis des Reichsgerichts sich dahin ausgesprochen, daß die abstrakten Rechtsgeschäfte, und zwar sowohl die auf dem Gebiet des Sachenrechts liegenden als diejenigen, die dem Obligationenrecht angehören, ihre Wirksamkeit „in sich selbst tragen", auf sich selbst abgestellt sind, ohne aus dem Kausalgeschäft, in welchem sie zwar ihre Veranlassung finden, einen „ihre Wirksamkeit bedingenden Faktor herüberzunehmen".[4])

Eine Entscheidung des Reichsgerichts vom Jahre 1896 erklärt zwar eine auf Grund einer wucherlichen Forderung erfolgte Hypothekenbestellung für ungültig, doch erklärt sie deren Nichtigkeit lediglich um deswillen, weil die Hypothekenbestellung einen Bestandteil des wucherlichen Geschäfts bilde, und verwahrt sich entschieden dagegen, daß diese Entscheidung mit der in Bd. 8 abgedruckten in Widerspruch stehe.[5])

---

[3]) Mot. Bd. 3 S. 187 f.

[4]) vgl. Entsch. d. RG. in Zivils. v. 28. 3. 1883 Bd. 8 S. 97, v. 21. 4. 1906 Bd. 63 S. 184 f., v. 11. 3. 1908 in JurW. 1908 S. 297.

[5]) vgl. Entsch. d. RG. in Zivils. Bd. 36 S. 308 f., bes. S. 315.

Allerdings hat der VII. Senat in seiner Entscheidung v. 19. 2. 1904 Nichtigkeit des abstrakten Vertrages angenommen, wenn das Grundgeschäft wucherlichen Charakter trägt, also nichtig ist, und zwar dann, wenn die Parteien das Erfüllungsgeschäft von dem zugrunde liegenden obligatorischen Rechtsgeschäft „in Gestalt der Bedingtheit abhängig gemacht haben".[6])

Diesen Ausführungen des Reichsgerichts steht vor allem das Bedenken entgegen, ob man in den genannten Fällen überhaupt noch von dem Vorliegen eines abstrakten Geschäfts reden kann. Jedenfalls muß entgegengesetzt der Auffassung des Reichsgerichts vermieden werden, obligatorische Momente in den abstrakten Kontrakt hineinzubringen; denn die eigenartige Struktur dieser Verträge widerspricht ja geradezu einer solchen Vermischung.[7])

Das Hineintragen derartiger obligatorischer Momente in das abstrakte Rechtsgeschäft stempelt dieses zu einem kausalen, selbst wenn die Verquickung beider Geschäftsarten in der Form einer Bedingung ihren Ausdruck gefunden haben sollte. Die Annahme eines abstrakten Geschäftes mit kausaler Fassung dürfte aber schon aus praktischen Gründen wenigstens dann abzulehnen sein, wenn das zugrunde liegende kausale Geschäft einen unsittlichen Inhalt aufweist; denn es dürfte den Parteien kaum beikommen, den abstrakten Vertrag in

---

[6]) vgl. Entsch. d. RG. in Zivils. Bd. 57 S. 95 f.; übereinstimmend damit Planck, BGB. nebst EG. Bd. 1 S. 250. Vgl. auch Entsch. d. RG. in Strafs. in JurW. Jahrg. 1903 S. 83; Eichler, Kann der Wucherer nach dem BGB. das dem Bewucherten Geleistete kondizieren? Leipziger Diss. 1908 S. 15 f.

[7]) So auch Förster im Recht 1905 Bd. 9 S. 356; s. auch Neumann in JurW. 1903 S. 256; Nissen in JurW. 1904 S. 348.

der Weise kausal abzustellen, daß aus dieser kausalen Fassung ein Verstoß gegen die guten Sitten hervorgeht.[8])

Es ist denn auch die in Bd. 57 abgedruckte Reichsgerichtsentscheidung durchweg in der Theorie und Praxis verlassen und bekämpft worden: Daß das abstrakte Geschäft seiner Struktur wegen einer Verquickung mit der causa widerstrebt, und daß die causa im allgemeinen einen Einfluß auf die Gültigkeit des abstrakten Aktes nicht auszuüben vermag, ist auch in der Literatur überwiegend anerkannt.[9])

Dieser Standpunkt wird auch den Anforderungen, welche der Vermögensverkehr an die Gesetzgebung stellt, in vollkommenem Umfange gerecht. Hält man daran fest, daß die causa auf das Erfüllungsgeschäft keinen Einfluß ausübt, so erhält man die sonst nicht zu erreichende Möglichkeit, Bordellgrundstücke zu wahrem Eigentum zu übertragen. Wohl ist der Bordellbetrieb unsittlich und verstößt auch gegen das

---

[8]) So auch Erlanger, Der Gesetzeswiderspruch der §§ 134, 138 BGB. mit § 817 BGB., Erlanger Diss. 1904, S. 42.

[9]) vgl. u. a. Collatz in Jherings Jahrb. Bd. 40 S. 140—142; derselbe, Ungerechtfertigte Vermögensverschiebung, ein Beitrag zum Recht des BGB., S. 27; Endemann, Lehrb. d. bürgerl. R., Einführung in das Studium des BGB. S. 901; Enneccerus-Lehmann, Das bürgerl. R., eine Einführung in das Recht des BGB., S. 711; Enneccerus, Lehrb. d. bürgerl. R. Bd. 1 § 446 I, 1c S. 1126; Leonhard, Der Allgem. Teil des BGB. in seinem Einflusse auf die Fortentwicklung der Rechtswissenschaft S. 379; Jacobi in Jherings Jahrb. Bd. 41 S. 93; Eccius in Gruchots Beitr. Bd. 42; Eck, Vorträge über das Recht des BGB. S. 122, 123; Goldmann-Lilienthal, Das BGB. systematisch dargestellt Bd. 1 S. 117 u. 136, Bd. 3 S. 436 f.; Hellmann, Vorträge über das BGB. Allgem. Teil S. 174 f., 189, 28; Windscheid-Kipp, Lehrb. d. Pandektenrechts § 412 b S. 776; Stammler, Lehre vom richtigen Rechte S. 493 f.; Rehbein, Das BGB. mit Erläuterungen § 138 Nr. 4 S. 187.

Verbot des § 180 StGB. Dennoch scheint er eine Notwendigkeit zu sein, was wohl am besten daraus hervorgeht, daß er sich polizeilicher Duldung erfreut.[10])

Eine außerordentliche Gefährdung der Sicherheit des Vermögensverkehrs würde ferner eintreten, wenn man z. B. bei den Wechsel- und den Inhaberpapieren dem bona fide-Erwerber den unsittlichen, wie insbesondere den wucherischen Charakter der causa entgegenhalten könnte.[11])

Hält man an diesem Standpunkt fest, daß die causa das abstrakte Erfüllungsgeschäft seiner abstrakten Natur wegen im allgemeinen nicht beeinflußt, so gelangt man bei rechter Würdigung der Stellung und Bedeutung des § 817 zu dem Resultat, daß die §§ 138 u. 817 nicht in Widerspruch zueinander stehen. Besonders aber wird man zu diesem Schlusse gedrängt, wenn man die beiden Paragraphen nebeneinanderstellt und ihre Wirkungen miteinander vergleicht.

b) Gerade die Bedeutung des § 817 aber wird von Dernburg und Staub, wohl auch von Lotmar, Neubecker und Klingmüller nicht hinreichend gewürdigt. Der Meinung Dernburgs, daß der Kondiktionsanspruch aus § 817 nur für den Fall gegeben sei, daß das zu einem unsittlichen Zweck Geleistete bereits verbraucht sei, stehen mehrfache Bedenken entgegen. Ihr widerspricht der Wortlaut des § 817 selber. Denn er statuiert eine Herausgabepflicht in bezug auf eine Leistung, die, wie die Eingangsworte des Paragraphen be-

---

[10]) vgl. auch Förster a. a. O. S. 356 f.

[11]) vgl. Oertmann, Abstrakte Versprechen aus rechtswidrigem Verpflichtungsgrund, in DJZ. Jahrg. 1902 S. 107 f.; ferner für das Grundbucheigentum Turnau-Förster, Das Liegenschaftsrecht nach den deutschen Reichsgesetzen und den preußischen Ausführungsbestimmungen Bd. 1 S. 95 a. E.

sagen, bereits angenommen ist. Eine Herausgabemöglichkeit kann aber doch nur dann als existierend angesehen werden, wenn der Empfänger die Leistung noch besitzt, nicht aber dann, wenn sie schon verbraucht ist.[12])

Aber auch der Standpunkt Lotmars, Klingmüllers und Neubeckers wird der Bedeutung des § 817 u. E. nicht in vollem Umfange gerecht. Sollte der § 817 nur den Zweck haben, die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts festzustellen, und die Möglichkeit zu gewähren, die etwa hingegebene Schuldurkunde zurückzufordern, so hätte hierzu ein kurzer Hinweis in § 138 wohl genügt, der Schaffung eines eigenen Paragraphen hätte es kaum bedurft. Zudem geht aus den Bestimmungen des § 817 keineswegs hervor, daß seine Bedeutung sich lediglich in der Gewährung eines Anspruchs auf Feststellung der Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts und auf Herausgabe der Schuldurkunde erschöpft. § 817 hat vielmehr den umfassenderen Zweck, die Rückforderungsmöglichkeit einer bereits hingegebenen Leistung bezw. eine Befreiung von der Leistungspflicht, eine condictio liberationis, zu schaffen.[13])

§ 817 dient auch kaum dazu, die dem nichtigen Rechtsgeschäft immer noch anhaftenden formellen Folgen zu beseitigen; zu diesem Behufe dürfte schon die rei vindicatio genügen, eine besondere condictio also entbehrlich sein.[14])

Der § 817 bestimmt in seinem ersten Satz, daß der Empfänger einer Leistung zur Herausgabe derselben ver-

---

[12]) vgl. dazu Heise, Die Anwendung der §§ 134, 138 BGB. auf die abstrakten Rechtsgeschäfte des Sachen- und Obligationenrechts S. 68.

[13]) vgl. auch Oertmann in Allgem. österr. Gerichtsztg. 48. Jahrg. Nr. 32 S. 252.

[14]) vgl. dazu Enneccerus-Lehmann Bd. 1 § 355 S. 754; auch Erlanger a. a. O. S. 46f.

pflichtet ist, wenn ihr Zweck in der Art bestimmt war, daß der Empfänger durch die Annahme gegen die guten Sitten verstößt.

Wäre nun das abstrakte Rechtsgeschäft wegen der Unsittlichkeit des Kausalgeschäfts nichtig, so wäre in Wirklichkeit nichts geleistet, eine Verbindlichkeit überhaupt nicht entstanden, und der Leistende könnte der rei vindicatio sich bedienen. Wenn aber die Möglichkeit einer Vindikation offensteht, so ist, wie es schon die Römer in dem Satze „Nemo rem suam condicit" präzise ausdrückten, auch in unserem Recht für eine Kondiktion kein Raum. Insbesondere aber wäre es unbegreiflich, wenn man Nichtigkeit des abstrakten Geschäfts wegen zugrunde liegender unsittlicher causa annimmt, wie dann der Satz 2 des § 817 das Rückforderungsrecht ausschließen könnte. Denn für den Fall, daß das ob turpem causam konstitutierte debitum ein nicht-debitum wäre, wäre ja die zwecks Erfüllung erfolgte Leistung einfach indebite geschehen, und es wäre, wie Oertmann zutreffend bemerkt, „nicht abzusehen, wieso der Schluß des § 817 die Rückforderung ausschließt".[15])

Der § 817 setzt also an sich die Gültigkeit einer Leistung voraus.

Spricht nun so der Wortlaut des § 817 für die Gültigkeit des abstrakten Rechtsgeschäfts, so erhellt auch aus der Stellung, die der § 817 im System des Bürgerlichen Gesetzbuches einnimmt, daß die Bestimmungen des genannten Paragraphen sich nur auf abstrakte Rechtsgeschäfte beziehen, und zwar auf abstrakte Rechtsgeschäfte, die trotz Unsittlich-

[15]) vgl. Oertmann in Allgem. österr. Gerichtsztg. 48. Jahrg. Nr. 32 S. 232.

keit des Kausalgeschäfts gültig sind. Der § 817 hat unter den Bereicherungsklagen seinen Platz gefunden; es haftet ihm also auch der Charakter an, der den Bereicherungsklagen überhaupt innewohnt. Nun ist in § 812, der alle Fälle der ungerechtfertigten Bereicherung in sich begreift, in Abs. 2 bestimmt, daß als Leistung auch die durch Vertrag erfolgte Anerkennung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Schuldverhältnisses anzusehen ist. Zwar ist im Gesetz nicht ausdrücklich hervorgehoben, daß auch das Schuldversprechen, gerade so wie das Schuldanerkenntnis, als eine Leistung im Sinne des § 812 zu betrachten ist, doch dürfte es keinem Zweifel unterliegen, daß auch das Schuldversprechen als eine solche Leistung anzusehen ist.[16])

Das Gesetz drückt es also aus, daß der Versprechensempfänger auf Kosten des Versprechenden eine Bereicherung erfahren hat, die dann, wenn sie ohne rechtlichen Grund erfolgt ist, durch das Mittel der condictio zurückgefordert werden kann. Es setzt demgemäß eine Leistung, und zwar eine gültige Leistung voraus, deren Wirkungen durch die condictio bezw. die entsprechende exceptio rückgängig gemacht werden können.

Die Gültigkeit des abstrakten Rechtsgeschäfts ist somit anerkannt, da der § 817 eine zu Recht bestehende Vermögensverschiebung voraussetzt und nur ihre Wirkungen wegen der Sittenwidrigkeit der causa durch die Gewährung eines Korrektivs, nämlich der condictio, beseitigt.

Vollkommen in dem gedachten Sinne sprechen sich auch die Vorarbeiten zum Bürgerlichen Gesetzbuch aus. So be-

[16]) vgl. Fischer-Henle, BGB. Handausg. mit Anmerkungen, Anm. 13 zu § 817; Ackermann in Gruchots Beitr. Bd. 44 S. 586.

stimmte der § 684 des 1. Entw., daß der Schuldner, der sich durch einen abstrakten Vertrag verpflichtet hatte, die Erfüllung der sich aus dem abstrakten Akte ergebenden Verpflichtung verweigern kann, wenn „die Voraussetzungen vorhanden sind, welche für die Rückforderung einer Leistung wegen ungerechtfertigter Bereicherung gelten", und der Abs. 3 des genannten Paragraphen sprach sich dahin aus, daß „die Verweigerung der Erfüllung und der Anspruch auf Befreiung dadurch nicht ausgeschlossen werde, daß von dem Schuldner durch die Erteilung des Versprechens oder Anerkenntnisses gegen die guten Sitten verstoßen wurde". Nun glaubte man allerdings in der 2. Kommission, die Aufnahme der Bestimmung des § 684 über Schuldanerkenntnis und Schuldversprechen entbehren zu können, doch war man sich trotzdem einig, daß gegenüber diesen Rechtsakten die Kondiktionsmöglichkeit gegeben sei.[17])

Übereinstimmend damit spricht sich auch die Denkschrift des Bundesrats dahin aus, daß es dem Charakter des Schuldversprechens und Schuldanerkenntnisses widerspreche, auf die causa zurückzugreifen, daß diese aber insofern nicht ganz ohne jeden Einfluß bleibe, weil der Schuldner das Recht habe, event. die Erfüllung nach den Vorschriften über ungerechtfertigte Bereicherung zu verweigern.[18])

Erscheint sonach die Bestimmung des § 817 mit dem § 138 sehr wohl vereinbar und nicht mit ihm in Widerspruch stehend, so ergibt sich auch aus der Betrachtung des § 138 selber, daß eine Gesetzesantinomie zwischen den §§ 138 u. 817 nicht vorhanden ist.

---

[17]) vgl. Prot. Bd. 2 S. 696 ff.

[18]) vgl. Denkschr. z. Entw. eines BGB. S. 93 f.

Der Begriff der „Rechtsgeschäfte“ im Sinne des § 138 findet nämlich seine authentische Interpretation in den vom Abs. 2 des genannten Paragraphen erwähnten Beispielen. Der Abs. 2 lautet: „Nichtig ist insbesondere ein Rechtsgeschäft, durch das jemand unter Ausbeutung der Notlage, des Leichtsinns oder der Unerfahrenheit eines anderen sich oder einem Dritten für eine Leistung Vermögensvorteile versprechen oder gewähren läßt, welche den Wert der Leistung dergestalt übersteigen, daß den Umständen nach die Vermögensvorteile in auffälligem Mißverhältnis zu der Leistung stehen“.

Entscheidendes Gewicht ist zu legen auf die Worte „sich für eine Leistung Vermögensvorteile versprechen oder gewähren läßt“, ferner auf die Worte „die Vermögensvorteile in auffälligem Mißverhältnis zu der Leistung stehen“.

Aus ihnen ergibt sich, daß nicht an abstrakte Rechtsgeschäfte gedacht worden ist. Denn dem Wesen der abstrakten Rechtsgeschäfte widerspricht sowohl die Aufnahme der Gegenleistung als eines Bestandteiles in ihren rechtsgeschäftlichen Organismus wie auch die Abhängigmachung des Wertes von Leistung und Gegenleistung, weil dadurch kausale Momente hineingetragen werden.

Der § 138 Abs. 2 BGB. rechtfertigt also die Annahme, daß § 138 seiner Tragweite nach sich nur auf kausale Rechtsgeschäfte erstreckt.[19])

c) Aber selbst wenn der hier vertretenen Ansicht, daß unter die unsittlichen Rechtsgeschäfte im Sinne des § 138 nicht die

---

[19]) vgl. Oertmann, Allgem. österr. Gerichtsztg. 48. Jahrg. S. 252; Heise a. a. O. S. 58; s. auch Leonhard, Allgem. Teil S. 379; Enneccerus, Lehrb. des bürgerl. R. Bd. 1 § 178 II, 1e S. 442 f.

in § 817 ins Auge gefaßten abstrakten Rechtsgeschäfte fallen, nicht beigepflichtet werden sollte, so ergibt sich zum wenigsten durch eine Vergleichung der aus ihrer Entstehungsgeschichte heraus zu beurteilenden Tatbestände der §§ 138 u. 817, daß ein Widerspruch zwischen ihnen besteht. Die Tatbestandsmomente des § 138 sind andere als die des § 817; denn während § 138 auf das objektive Moment abgestellt ist, erscheint in § 817 das subjektive Moment der wider die guten Sitten verstoßenden Gesinnung als charakteristischer Faktor.

Der § 106 des 1. Entw., der dem jetzigen § 138 entspricht, hatte die Bestimmung getroffen, daß ein Rechtsgeschäft, dessen Inhalt gegen die guten Sitten verstoße, nichtig sei. Wie auch aus den Motiven deutlich ersichtlich ist, hatte der Gesetzgeber die offenbare Absicht, Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts dann eintreten zu lassen, wenn der Inhalt eines Rechtsgeschäfts „unmittelbar in objektiver Hinsicht und unter Ausscheidung der subjektiven Seite die guten Sitten verletzt".[20])

In der Kommission gelangte man jedoch zu der Ansicht, daß es inopportun sei, das subjektive Moment völlig auszuschalten. Es wurde daher der Antrag, den § 106 dahin zu fassen, „ein Rechtsgeschäft, welches gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig", angenommen. Dabei ging man von der Erwägung aus, daß es im einzelnen Falle um deswillen unerläßlich sei, die verwerfliche Gesinnung der Beteiligten nicht völlig außer acht zu lassen, weil „erst durch die Hinzunahme dieses subjektiven Moments der Inhalt des Rechtsgeschäfts in das rechte Licht gesetzt werde".[21])

---

[20]) vgl. Mot. Bd. 1 zu § 106 S. 211.

[21]) vgl. Prot. Bd. 1 S. 123 zu III.

Das nicht völlige Außerachtlassen der Gesinnung der Beteiligten soll also lediglich den Zweck haben, dem Richter die Erkenntnis, ob das Rechtsgeschäft objektiv unsittlich sei, zu erleichtern, ihm also ein Mittel an die Hand zu geben zur sicheren Beurteilung der sittlichen Qualität des Rechtsgeschäfts. Auch in Theorie und Praxis besteht weiter kein Zweifel, daß das subjektive unsittliche Verhalten der Kontrahenten für sich allein noch nicht geeignet ist, dem Rechtsgeschäft selber im Sinne des § 138 den Stempel der Nichtigkeit aufzudrücken, daß vielmehr dieses erst dann einen unsittlichen Charakter des Grades erhält, daß Nichtigkeit eintritt, wenn das Kriterium der Unsittlichkeit als solches in den Tatbestand des Rechtsgeschäfts in der Weise organisch eingegliedert ist, daß bei seiner Ausscheidung das Rechtsgeschäft zu einem andern wird.[22])

Ganz im Gegensatz hierzu ist der § 817 völlig auf das subjektive Moment abgestellt, wie deutlich aus den Motiven sich ergibt. Nach diesen wird als Grund der im § 747 des 1. Entw., der dem jetzigen § 817 entspricht, statuierten Restitutionspflicht „einzig und allein der auf seiten des Empfängers in der Annahme liegende Verstoß und die darin sich offenbarende Auflehnung gegen die guten Sitten“ hingestellt. Des weiteren besagen die Motive, daß der Zweck der gesetzlichen Bestimmung der ist, die „in der Annahme der Leistung sich kundgebende verwerfliche Gesinnung des Empfängers zu treffen“, und sie erklären noch ausdrücklich,

[22]) vgl. Philipp in der Bayer. Zeitschr. f. Rechtspflege Jahrg. 1905 S. 383; Staudinger, Komm. z. BGB. Bd. 1 S. 446 Ziff. 5; Planck, BGB. nebst EG. Bd. 1 S. 249 zu a; Rechtspr. d. OLG. auf dem Gebiete des Zivilrechts Bd. 5 S. 109, Bd. 8 S. 220, 425; Jahrb. des deutschen R. Bd. 5 S. 43 zu 7b; Seufferts Arch. Bd. 49 Nr. 2, 3, 8.

daß mit dieser Bestimmung auch die Vorschrift des § 106 (des jetzigen § 138) in Einklang stehe.[23])

Aus der vergleichenden Betrachtung der §§ 138 u. 817 sowie aus den gesetzlichen Materialien zu diesen Bestimmungen dürfte demnach hervorgehen, daß § 817 lediglich von solchen Leistungen handelt, durch deren Annahme der Empfänger subjektiv sich gegen die guten Sitten vergeht, während das zugrunde liegende Rechtsgeschäft selbst wegen Mangels einer objektiven Unsittlichkeit nicht der Nichtigkeit nach § 138 anheimfällt.[24])

§ 6.

Die Tatbestandsmomente der §§ 138 u. 817 BGB. sind mithin durchaus verschieden, ein Umstand, der die Möglichkeit eines Widerspruchs zwischen den beiden Paragraphen selbst für den Fall ausschließt, daß man den § 138 auch auf abstrakte Rechtsgeschäfte anwenden will; denn die Verschiedenheit der von dem Gesetzgeber in den beiden Paragraphen angewandten Maßregeln zum Schutze eines der Sittenordnung entsprechenden rechtsgeschäftlichen Verkehrs — Nichtigkeit und condictio — erklärt sich ganz natürlich aus der soeben erörterten Verschiedenheit des in den beiden Paragraphen behandelten „Verstoßes gegen die guten Sitten".

---

[23]) vgl. Mot. Bd. 2 zu § 747 S. 849.

[24]) vgl. Planck, Komm. z. BGB. Bd. 2 S. 589 zu § 817; Matthiaß a. a. O. 3. Aufl. Bd. 1 S. 703; Oertmann, Komm. z. BGB.: Das Recht der Schuldverhältnisse S. 925; Philipp a. a. O. S. 422; Entsch. d. OLG. Frankfurt v. 10. 7. 1906, abgedr. im Recht 1906 S. 1194 Nr. 2828; s. auch Calé, Das Rückforderungsrecht des Wucherers beim wucherischen Darlehen, zugleich ein Beitrag zur Lehre des § 817 BGB., Heidelberger Diss., Berlin 1908.

In § 138 erscheint jene im Volksbewußtsein wurzelnde, durch zwanglose Normen die menschliche Gesellschaft bindende soziale Ordnung, die, wie wir im Eingange unserer Untersuchung sahen, den Begriff der „guten Sitten“ ausmacht, durch den bloßen Abschluß des reprobierten Rechtsgeschäfts gefährdet,[1]) wogegen das Verhalten der Parteien beim Abschluß des Rechtsgeschäfts vom Gesetzgeber unberücksichtigt gelassen wird. Die in § 138 behandelten Rechtsgeschäfte tragen also den Mangel der Sittenwidrigkeit selbst in sich. Die unter § 817 fallenden Rechtsgeschäfte dagegen stehen ihrem Inhalte nach mit dem Sittengesetz vollkommen im Einklang, und nur in dem Verhalten einer an dem Rechtsgeschäft beteiligten Person — des Leistungsempfängers — liegt eine Gefährdung der Sittenordnung.

Der Gesetzgeber hat sich in letzterem Falle damit begnügt, durch den dem Rechtsgeschäft auferlegten Mangel lediglich den einzelnen sittenwidrig Handelnden zu treffen, die objektive Sittenwidrigkeit der unter § 138 fallenden Rechtsgeschäfte dagegen erforderte auch eine objektive Maßregel des Gesetzgebers zum Schutze der Sittenordnung, d. i. die absolute Unwirksamkeit des betreffenden Rechtsgeschäfts.

Die §§ 138 u. 817 BGB. können demnach — hierin dürfte die befriedigendste Lösung des „Gesetzeswiderspruchs“ liegen — vollkommen unabhängig von der Frage der Anwendbarkeit des § 138 auf die abstrakten Rechtsgeschäfte lediglich durch eine vergleichende Betrachtung ihrer durchaus verschiedenen Tatbestandsmomente miteinander in Einklang gebracht werden.

---

[1]) vgl. Leonhard in der Festgabe für Bekker S. 99ff.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.

Lebenslauf.

Am 23. August 1886 wurde ich, Johannes Jackisch, zu Kattowitz in Oberschlesien als Sohn des jetzigen Amtsgerichtsrats Dr. iur. Adalbert Jackisch und seiner Ehefrau Julia, geb. Pospiech, geboren. Ich bin katholischer Konfession und preußischer Staatsangehöriger. Den ersten Unterricht genoß ich in der Mittelschule in Kattowitz; ich trat dann in das Städtische Gymnasium daselbst ein, das ich Ostern 1905 mit dem Zeugnis der Reife verließ. Im Sommersemester 1905 und in dem darauffolgenden Wintersemester studierte ich in Tübingen, im Sommersemester 1906 in München, im Wintersemester 1906/07 in Leipzig und beendete meine akademischen Studien in Breslau.

Am 17. Juni 1909 bestand ich die erste juristische Staatsprüfung in Breslau und am 13. Juli 1909 das examen rigorosum. Am 9. Juli 1909 wurde ich zum Referendar ernannt und dem Königl. Amtsgericht zu Ziegenhals (OS.) zur ersten Ausbildung überwiesen.

Vom 1. Oktober 1909 bis 31. September 1910 genügte ich meiner Militärpflicht beim Feldartillerieregiment v. Clausewitz (1. Oberschlesisches) Nr. 21 in Grottkau.

Am 16. April 1911 wurde ich dem Königl. Landgericht zu Beuthen (OS.) zur weiteren Ausbildung überwiesen.

Bei Abfassung der Dissertation haben mich die Herren Geh. Rat Prof. Dr. Leonhard und Prof. Dr. Schott mit gütigen Ratschlägen unterstützt. Ich spreche ihnen an dieser Stelle meinen aufrichtigen Dank aus.